

# 指定機関の分類と責任

松 塚 晋 輔

## 目 次

はじめに

- 1 指定機関
  - 2 指定機関の分類
  - 3 事務による指定機関の分類
  - 4 処分権限受任型
  - 5 単独処分発給型
  - 6 資格検定要件充足型
  - 7 単純業務遂行型
  - 8 指定管理者
  - 9 指定機関と国賠法
  - 10 指定管理者の賠償責任
  - 11 分類の意義
  - 12 新規の行政処分に関する理論的基礎
- おわりに

## はじめに

拙稿「指定確認検査機関の賠償責任主体性」<sup>(1)</sup>では、建築基準法上の指定確認検査機関が国賠法1条の「公共団体」として賠償責任を第三者に負うかどうかについて論じた。重要判例として最高裁決定平成17年6月24日<sup>(2)</sup>では、

指定確認検査機関が、行政事件訴訟法 21 条の「当該処分又は裁決に係る事務の帰属する国又は公共団体」に当たることが問われたのであるが、最高裁は、市を「公共団体」と解して、市への損害賠償請求に変更することを認めたのである<sup>(3)</sup>。すなわち、これは指定確認検査機関を「公共団体」に当たらないと判断したように思われる。結論として、建築基準法の指定確認検査機関は、国賠法ではなく、民法上の賠償責任を負うことを論じた（試論）<sup>(4)</sup>。根拠は、国賠法適用事件では加害者に対する個人責任追及が判例上不可能であることと、国賠法上の「公共団体」概念は私人を取り込まない硬い殻であることである。実際にも、公共団体（国賠法）概念を拡張するより、公権力の行使（国賠法）概念を縮小させるほうが、判例上受け入れやすいのではなかろうか。裁判例にも、民法責任をとった事例がある（東京地判平成 25 年 3 月 22 日）<sup>(5)</sup>。また、立案者が建築確認制度の行政責任を放棄する意図を持っていたのであれば、その意思を考慮外に置くことはできないであろう。

しかし、この試論や前記東京地判では、公権力の行使（国賠法）でない行政処分の存在を前提としなければならなくなる。このような新規の行政処分を、指定確認検査機関の制度を説明するためだけに、あえて想定する意味が果たしてあるのかという批判が予想される<sup>(6)</sup>。このように、指定確認検査機関の確認処分は、従来の指定機関ではとらえきれない特殊なモデルといえる<sup>(7)</sup>。とすれば、牛刀でもって鶏を割くが如く<sup>(8)</sup>、試論は理論としては行きすぎ、あるいは無用の長物であるとの批判を甘受せざるをえまい。

しかし、計量法や高圧ガス保安法にも指定確認検査機関と類似の制度が見られるのである。これらの規定にも、試論で説明できる制度があるのではないかと予測される。これら指定機関をグルーピングして、一定のグループに新規の行政処分の類型が妥当するかどうかを考察するのも本論文の目的である。本論文では、これら指定機関の制度を分類することを試みるが、能力と時間の点で網羅的な研究はなし得ていない。しかしながら、首尾よくいけば、試論（牛刀）が割くのは実は複数の鶏（法律規定）であることは示し得るの

ではなかろうか。

また、著者の試論とは異なる説（例えば、指定確認検査機関を国賠法上の公共団体と見なす説<sup>(9)</sup>）にとっても、指定機関のグルーピングは、理論的背景を提供し得るので、本稿はニュートラルな成果をもたらすであろう。

本論文の構成は、まず、指定機関の類型を発見して、現在の指定機関制度の理論的整理をし、国賠法適用の可否を論じる。続いて、指定機関による処分のうち、単独処分発給型に該当するものの行政処分について、その理論的基礎を探るつもりである。かくして、抗告訴訟の対象であるが公権力の行使（国賠法）ではないという新規の行政処分が、建築基準法以外にも存在することとなれば、試論もまた広い通用性を得ることができるのではなかろうか。

## 1 指定機関

指定機関について『法令用語辞典』<sup>(10)</sup>では、「行政事務のうち、試験実施事務、証明事務、検定事務のような単純かつ定型的な事務については、行政庁が一定の者を指定して、その者にこれらの事務を行わせることがあり、その指定を受けた者を、法令上の略称として、その行う事務の種類に応じ、指定試験機関（…）、指定検査機関（…）、指定検定機関（…）などという」と記されている。ここでは、定型的な事務を行わせるという要素が目立つべきである。

また、指定機関とは、一定の事務を行わせるために、行政庁によって指定された私人をいう<sup>(11)</sup>といった広い定義をする説も見られる。

あるいは、指定法人が公共的業務を遂行するのに対比させて、指定機関はとりわけ行政権限を行使するものという定義もある。この定義では、指定法人は指定機関を含むものとされている<sup>(12)</sup>。

このように、指定機関の定義については、事務の広狭について見解が異なっている。

ここで、指定法人に目を移すとする。これには、行政事務の執行に際し、主務大臣又は都道府県知事等が、個別の法令等に基づいて法人や事業を指定し、事務の委託を行い、その行う特定の事業を行政上必須の要件として位置付け、あるいは特定の公共的事務を行うことに法律上の権威を与えることがあり、これを指定法人とする定義がある<sup>(13)</sup>。また、「一般社団法人又は一般財団法人（一般法人2章・3章）で、特別の法律において行政庁が特定の業務を行わせるために指定することとされているものの実務上の総称」とするものがある<sup>(14)</sup>。その他、遂行する業務の内容ではなく、指定機関が法人の場合、指定法人と見る定義もある<sup>(15)</sup>。

このように、指定法人の定義に関しては、一般社団法人・一般財団法人に限定するか否かなどで食い違いが見られる。

ともあれ、指定機関も指定法人も指定を受けていることは共通しているので、適宜、指定法人の制度を参照することにする。また、本稿は指定機関の厳密な定義を目指すものではないので、法令上、指定機関、指定試験機関、指定検定機関等、指定されている法人・団体を暫定的に指定機関として論じることとする<sup>(16)</sup>。さらに、指定管理者も指定を受けている点に鑑みこれにも言及する。

## 2 指定機関の分類

指定法人の分類として、①行政事務代行型指定法人と②民間活動活用型指定法人がある。①は主務大臣に代わって行政事務を実施する法人である。②は、公益活動促進のため特定の民間活動について名称使用の制限などによって権威付けを受けた民間法人である<sup>(17)</sup>。

①は、「指定法人と主務大臣の関係は行政法理論にいうところの委任の関係がある」とされている<sup>(18)</sup>。「指定法人の行為につき相手方に不服がある場合には、指定権限を有する主務大臣に審査請求をすることができるという定

めが置かれ」ることがある。また、「指定法人の事務の効果は国に帰属する」という解説がある。但し、委任が委任庁の受任庁に対する指揮監督権を発生させるとは限らない<sup>(19)</sup>。

②の民間活動活用型指定法人は、「法的にはいかなる意味においても行政ではない」<sup>(20)</sup>とされている。すなわち、「民間活動活用型指定法人の行為は、特別の業務委託がある場合を除き、行政として法的評価の対象となるものではない」く、「仮に指定法人の活動に伴う紛争が生じた場合であっても、それは通常の民事法のルールによって解決されることになる」という<sup>(21)</sup>。

これらの指定法人の法理は、指定機関にも応用できると解する。つまり、行政事務代行型の指定機関と民間活動活用型の指定機関が存在するであろう。また、委任に関する考え方も、指定法人と指定機関については基本的には同じであろう。

例えば、建築基準法の指定確認検査機関について見ると、行政事務代行型であるとする説がある<sup>(22)</sup>。しかし、これには、行政庁から事務を委任されるとする規定はないし、指定確認検査機関はその過誤につき民法上の責任を負うとする点（試論）だけを捉えると、民間活動活用型に近いのではなかろうか。

さて、指定機関には、みなし公務員の規定が置かれる場合がある<sup>(23)</sup>。但し、みなし公務員規定があっても、例えば「指定自動車教習所での『技能検定』が行政事務の代行として行われていることによるわけではない」<sup>(24)</sup>といわれている。

### 3 事務による指定機関の分類

指定機関にも行政事務代行型と民間活動活用型とがあっても、この分類は、委任関係を視野に入れた総合的なものであり、第三者の救済を考える上では必ずしも使い勝手がよいものではない。そこで、指定機関に与えられ

た事務を執行する際に、その指定機関は、その作用において第三者に対しどのような法的関係に立つのかという視点でグルーピングしていくと、網羅的ではないが次の類型を発見できる。処分権限受任型、単独処分発給型、資格検定要件充足型及び単純業務遂行型である。あえて言えば、①には処分権限受任型と単純業務遂行型が、②には単独処分発給型、資格検定要件充足型や単純業務遂行型が相当することが多いであろう。

#### 4 処分権限受任型

この類型の指定機関は、指定を受け、かつ、行政庁から行政処分を発給する権限を具体的に委任されているものである。指定機関の事務執行が行政処分であるというのは、委任があることの他、それについて大臣に審査請求ができることとされていることも根拠となり得<sup>25)</sup>、また明文で「処分」の語が当てられている。以下の例がある。

##### 指定認定機関・指定資格検定機関（建築基準法）

建築基準法 68 条の 25 第 1 項によると、国土交通大臣は、指定認定機関に型式適合の認定、認証等を行わせることができる。また、指定認定機関の行う処分については、国土交通大臣に対して審査請求をすることができる（同法 77 条の 53）。

国土交通大臣は、指定資格検定機関に、建築基準適合判定資格者検定の実施に関する事務を行わせることができる。また、指定資格検定機関は、国土交通大臣の職権（同法 5 条 6 項）を行うことができる（同法 5 条の 2 第 1 項、2 項）。指定資格検定機関の処分については、国土交通大臣に審査請求をすることができる（同法 77 条の 17）。

これらは、条文の文言上、委任関係に基づいて処分を行っているものと整理できる<sup>26)</sup>。

### 指定試験機関（高圧ガス保安法）

高圧ガス保安法 31 条の 2 によると、経済産業大臣又は都道府県知事は、経済産業大臣が指定する者（指定試験機関）に、その製造保安責任者試験又は販売主任者試験の実施に関する事務（試験事務）を行わせることができる。また、指定試験機関の処分には、経済産業大臣に審査請求をすることができる（同法 77 条）。

### 指定計量証明検査機関・指定定期検査機関（計量法）

計量法 117 条 1 項によると、都道府県知事は、その指定する者（指定計量証明検査機関）に、計量証明検査を行わせることができる。また、指定計量証明検査機関の処分について不服がある者は、都道府県知事に対して審査請求をすることができる（同法 163 条 2 項）。

計量法 20 条 1 項によると、都道府県知事又は特定市町村の長は、その指定する者（指定定期検査機関）に定期検査を行わせることができる。指定定期検査機関の処分について不服がある者は、都道府県知事又は特定市町村の長に対して審査請求をすることができる（同法 163 条 2 項）。

### 指定試験機関（火薬取締法）<sup>27)</sup>

火薬取締法 31 条の 3 によると、経済産業大臣又は都道府県知事は、指定試験機関に、経済産業大臣又は都道府県知事の行う試験の実施に関する事務（試験事務）を行わせることができる。その場合、指定試験機関が行う試験事務に係る処分（試験の結果についての処分を除く）について不服がある者は、経済産業大臣に対し、審査請求をすることができる（火薬取締法 54 条の 2）。

### 指定試験機関（消防法）

都道府県知事は、総務大臣の指定する者（指定試験機関）に、危険物取扱



者試験事務を行わせることができる（消防法13条の5第1項）。また、指定試験機関が行う危険物取扱者試験事務に係る処分については、総務大臣に審査請求をすることができる（同法13条の22）。

## 5 単独処分発給型

単独処分発給型の指定機関とは、指定機関が処分権限を法律で与えられ、自己の権限として単独で処分を発給する類型をいうものとする。行政庁から処分権限を具体的に委任されているものは含まない。次の例がある。

指定容器検査機関・容器検査所の登録を受けた者（高圧ガス保安法）

高圧ガス保安法48条1項5号によると、高圧ガスを容器に充てんする場合は、その容器は、「容器検査若しくは容器再検査を受けた後又は自主検査刻印等がされた後経済産業省令で定める期間を経過した容器又は損傷を受けた容器にあつては、容器再検査を受け、これに合格し、かつ、…刻印又は…標章の掲示がされているものであること」とされている。そして、この容器再検査は、経済産業大臣、協会の他、指定容器検査機関又は容器検査所の被登録者が行う（同法49条1項）。さらに、指定容器検査機関と容器検査所の被登録者の処分に不服がある者は、経済産業大臣に対して審査請求ができる（同法77条）。ゆえに、指定容器検査機関と容器検査所の被登録者による処分は行政処分として想定されていると思われる。後者は株式会社の例が多い。

指定特定設備検査機関（高圧ガス保安法）

高圧ガス保安法56条の3第1項によると、高圧ガスの製造のための設備のうち、高圧ガスの爆発その他の災害の発生を防止するためには設計の検査、材料の品質の検査又は製造中の検査を行うことが特に必要なものとして経済産業省令で定める設備（特定設備）の製造をする者は、経済産業大臣、協会



又は経済産業大臣が指定する者（指定特定設備検査機関）が行う特定設備検査を受けなければならない。また、高圧ガス保安法 56 条の 3 第 4 項は、「経済産業大臣、協会又は指定特定設備検査機関は、…特定設備検査を行い、当該特定設備が経済産業省令で定める技術上の基準に適合するときは、これを合格とする」と定める。そして、合格した場合、指定特定設備検査機関は、特定設備検査合格証を交付しなければならないとされており（同法 56 条の 4 第 1 項）、さらに、大臣への審査請求も規定されている（77 条）。これは、指定特定設備検査機関による行政処分を想定していると解される。

#### 特定計量証明認定機関（計量法）

計量法 121 条の 2 によると、特定計量証明事業（同法 107 条 2 号に規定する濃度、音圧レベルその他の物象の状態の量で極めて微量のものの計量証明を行うために高度の技術を必要とするものとして政令で定める事業）を行おうとする者は、経済産業大臣又は特定計量証明認定機関に申請して、認定を受けることができる。同法 107 条 2 号の事業を行おうとする者は、都道府県知事の登録を受けなければならないが、所定の場合この認定があると、都道府県知事は登録をしなければならない（同法 109 条 3 号）。そして、特定計量証明認定機関の処分に不服のある者は、経済産業大臣に審査請求ができる旨規定されている（同法 163 条 1 項）。

#### 指定検定機関（計量法）

計量法は、取引又は証明における法定計量単位による計量に使用し、又は使用に供するために所持してはならないものを挙げており、経済産業大臣、都道府県知事、日本電気計器検定所又は指定検定機関が行う検定を受け、これに合格したものとして検定証印（同法 72 条 1 項）が付されている特定計量器以外の特定計量器がこれに当たる（同法 16 条 1 項 2 号イ）。同法 16 条 1 項 2 号イの検定を受けようとする者は、経済産業大臣、都道府県知事、日

本電気計器検定所又は指定検定機関に申請書を提出しなければならない（同法70条）、検定を行った特定計量器の構造が経済産業省令で定める技術上の基準に適合するときは、合格となる（同法71条1項）。

これと並んで、経済産業大臣、日本電気計器検定所又は指定検定機関が電気計器及びこれとともに使用する変成器について行う検査（変成器付電気計器検査）を受け、これに合格したものとして合番号（同法74条2項又は3項）が付されている電気計器と変成器をともに使用する場合を除くほか、電気計器を変成器とともに取引又は証明における法定計量単位による計量に使用し、又は使用に供するために所持してはならないとされている（同法16条2項）。電気計器について変成器付電気計器検査を受けようとする者は、経済産業大臣、日本電気計器検定所又は指定検定機関に申請書を提出しなければならない（同法73条1項）、経済産業大臣、日本電気計器検定所又は指定検定機関は、変成器付電気計器検査を行い、電気計器及びこれとともに使用される変成器が適合するときは、合格とする（同法74条1項）。

そして、指定検定機関の処分について不服がある者は、経済産業大臣に対して審査請求をすることができることになっている（同法163条1項）。

## 6 資格検定要件充足型

資格検定要件充足型の指定機関は、相手方のために一定の業務をなした上で証明書等を発行し、これをもってすれば、相手方が行政庁に申請する資格や検定について要件が充足又は緩和されるものを意味する。

指定自動車教習所（道路交通法）

運転免許を受けようとする者は、公安委員会の行う運転免許試験を受けなければならない（道交法89条1項）。但し、指定自動車教習所は、当該証明に係る者に対し、卒業証明書又は修了証明書を発行することができる（この

場合において、当該卒業証明書又は修了証明書には、技能検定に合格した旨の技能検定員の書面による証明を付さなければならない。同法 99 条の 5 第 5 項）。この卒業証明書又は修了証明書を有する者で一定のものは、運転免許試験を免除される（同法 97 条の 2 第 1 項 2 号）。つまり、免許取得要件が緩和されるのである。

#### 指定養護教諭養成機関（教育職員免許法）

教員の普通免許状は、大学若しくは文部科学大臣の指定する養護教諭養成機関において単位を修得した者又はその免許状を授与するため行う教育職員検定に合格した者に授与するとされている（教育職員免許法 5 条 1 項）。免許状は、都道府県の教育委員会が授与するのであって（同条 7 項）、指定養護教諭養成機関ではない。

#### 指定自動車整備事業者（道路運送車両法）

登録自動車又は車両番号の指定を受けた検査対象軽自動車若しくは二輪の小型自動車の使用者は、自動車検査証の有効期間の満了後も当該自動車を使用しようとするときは、当該自動車を提示して、国土交通大臣の行なう継続検査を受けなければならない（道路運送車両法 62 条）。

さて、地方運輸局長は、自動車分解整備事業者の申請により、指定自動車整備事業の指定をすることができる（同法 94 条の 2 第 1 項）。この指定自動車整備事業者が、自動車を点検し、保安基準に適合しなくなるおそれがある部分及び適合しない部分について必要な整備をした場合、当該自動車が保安基準に適合する旨を自動車検査員が証明したときは、請求により、保安基準適合証及び保安基準適合標章を依頼者に交付しなければならない（同法 94 条の 5）。そして、継続検査に際し、有効な保安基準適合証の提出があつた場合には、当該自動車は、国土交通大臣に対する提示があり、かつ、保安基準に適合するものとみなされる。

この指定自動車整備事業者による保安基準適合証は、国土交通大臣が自動車検査証（車検証）を使用者に返付する要件となっている（同法 62 条 2 項）。

## 7 単純業務遂行型

単純業務遂行型の指定機関とは、一定の業務を第三者になすことを許されたり義務付けられていたりする指定機関であって、その業務の遂行が、行政処分的前提や要件となっていないものを意味する。

### 指定検査機関（浄化槽法）

新たに設置され、又は構造・規模の変更をされた浄化槽については、浄化槽管理者は、都道府県知事が指定する者（指定検査機関）の行う水質に関する検査を受けなければならない（浄化槽法 7 条 1 項）。指定検査機関は、水質検査を実施したときは、都道府県知事に報告しなければならない（同法 7 条 2 項）とされている。そして、都道府県知事は、浄化槽管理者が 7 条 1 項の規定を遵守していないと認める場合で、必要があると認めるときは、当該浄化槽管理者に水質検査を受けるべき旨の勧告をすることができる（同法 7 条の 2 第 2 項）。また、都道府県知事は、勧告を受けた浄化槽管理者が、正当な理由なく、勧告に係る措置をとらなかつたときは、当該浄化槽管理者に対し、勧告に係る措置をとるべきことを命ずることができる（同法 7 条の 2 第 3 項）。

指定検査機関の行う検査の有無は、後の行政庁による勧告又はそれに係る措置の命令につながることはあるが、措置の命令自体は裁量規定のようである。また、検査を経ることが、同法上、後続の授益処分的前提となっているわけでもない。このような指定検査機関は、処分権限受任型、単独処分発給型又は資格検定要件充足型には当たらない。

### 指定保証機関（宅建業法）

銀行、金融機関又は国土交通大臣が指定する者（指定信用機関）との間において宅地建物取引業者が保証委託契約を締結し、かつ、保証委託契約に基づいて当該銀行等が手付金等の返還債務を連帯保証することを約する書面を買主に交付した後でなければ、宅地建物取引業者は、宅地又は建物の売買で自ら売主となるものに関しては、買主から手付金等を受領してはならない（宅建業法 41 条 1 項 1 号）。この指定信用機関制度によって、宅地建物取引業者は保証委託契約を締結することができるのである。もっとも、指定信用機関は規制目的のために行政に利用されているが、その業務自体は行政事務ではない<sup>28)</sup>。

### 知事の指定を受けた者（母体保護法）

女子に対して厚生労働大臣が指定する避妊用の器具を使用する受胎調節の実地指導は、医師のほかは、都道府県知事の指定を受けた者でなければ業として行つてはならない（母体保護法 15 条）とされている。

### 指定公共機関（国民保護法）

指定公共機関とは、独立行政法人、日本銀行、日本赤十字社、日本放送協会その他の公共的機関及び電気、ガス、輸送、通信その他の公益的事業を営む法人で、政令で定めるものとされている（事態対処法 2 条 6 号）。次に本稿の関心であるが、政令に基づき内閣総理大臣が指定して公示するものとして（同法施行令 3 条 38 号）、電気、ガス、運送、航空、鉄道、電気通信等の事業を行う株式会社などが明記されている。この指定公共機関は武力攻撃事態等においては、その業務について国民の保護のための措置を実施する責務を有する（国民保護法 3 条 3 項）。この責務は行政処分とは関係ないであろう。

## 8 指定管理者

地方自治法上、普通地方公共団体は、公の施設の管理を、条例の定めるところにより、普通地方公共団体が指定する法人・団体（指定管理者）に行わせることができる（地方自治法 244 条の 2 第 3 項）。条例には、指定管理者の指定の手続、指定管理者が行う管理の基準及び業務の範囲等が定められる（同条 4 項）。また、普通地方公共団体は、指定管理者に公の施設の利用に係る料金を指定管理者の収入として収受させることができる（同条 8 項）。

このような指定管理者は、単純業務遂行型に当たるものが多いであろう。しかし、指定管理者は、公の施設の利用について処分を行うことがあり、この場合、不服申立ては地方公共団体の長に行うこととされている（同法 244 条の 4 第 3 項）。ここでは、指定管理者が公の施設の利用に関して処分を行うことが想定されている。このような指定管理者は処分権限受任型であろうか、それとも単独処分発給型であろうか。

地方自治法 244 条の 2 の構造上、処分権限が指定によって必ずしも指定管理者に発生するというものではなく、具体的な委任を受けて指定管理者が処分権限を行使できるようになっていると解される。つまり、処分権限の委任を受けて、指定管理者がそれを行っていると解することができるので、処分権限受任型であろう。

## 9 指定機関と国賠法

指定機関に国賠法 1 条の適用があるかについて、学説には次のような見解がある。「指定法人は公権力の行使を自己の権限として行い、また、多くの場合、その行為に対して手数料等を自己収入として徴収する権限が認められていることからすると、当該公権力の行使を原因とする国家賠償事件においても当該指定法人が賠償責任主体となると解される。なお、国家賠償法上の

公権力概念は広く解されているので、指定法人の担当すべき行政事務が非権力的事務であっても、国家賠償法1条の適用をみる」<sup>(29)</sup>。

これに対して、「指定機関自らがその名で権限行使するといっても当該権限は委任した行政庁の属する行政体の権限のままであること」などから、権限の属する行政体が責任主体になるとする説<sup>(30)</sup>が対峙する。

この論争について、私見としては次のように、まず指定機関が公共団体（国賠法）に含まれるかどうかから判断していくべきであると解する<sup>(31)</sup>。

第1に、処分権限受任型の指定機関は、組織上の観点からして、公共団体（国賠法）に当たらないと解する<sup>(32)</sup>。けれども、処分権限を行政庁から具体的に委任されていることは重要である。その処分権限は公権力（国賠法）であるので、処分権限受任型の指定機関（又はその職員）は「公権力の行使に当る公務員」と見ることができよう<sup>(33)</sup>。例えば、試験や検定の事務の実施を委任された指定機関による処分は行政処分であり、また、処分庁の処分権限が公権力（国賠法）のため、指定機関の処分も公権力の行使（国賠法）であるといえよう。

学説においても、国・公共団体以外の者が行う作用を公権力の行使（国賠法）に該当せしめる条件は、私人への公権力の行使の「委託」であるとする説<sup>(34)</sup>がある。「委託関係がなければ、国・公共団体の責任は生じない」からである。

この点、官吏の不法行為を規定するドイツ基本法34条においても、「委託された公務の行使 *Ausübung eines ihm anvertrauten öffentlichen Amtes*」が要件となっているように、「委託」という観念が用いられているのは示唆的ではなかろうか。

このように、行政からの委任・委託の有無によって国賠法1条の適用の有無を導こうとする見解は有意義である。但し、委託には、法律や行政行為による他、条理に基づく場合も含まれるとするという解釈については<sup>(35)</sup>、慎重な考察が必要である。



さて、指定機関ではないが、法律によって直接公権力の行使が委任されるものとして、弁護士法8条以下が挙げられることがある<sup>36)</sup>。しかし、判例上、弁護士会は公共団体（国賠法）に位置付けられている<sup>37)</sup>。よって、権限を委任されたとの理由でもって、弁護士会を処分権限受任型の指定機関と同列に扱うのは適切でないであろう。また、法律によって委任・委託・委譲がなされた場合に、私人が常に国賠法の適用を受けるとするのは行きすぎに思う。この点、よく引き合いに出される制度として、支払者（私人）の源泉徴収の事務があり、これは法律によって付与されているが、この制度には支払者への委任・委託があるのではなく、単に支払者に対する義務付けがあるに過ぎないと解されるのである<sup>38)</sup>。これに対して、役職員に権限・事務の委任・委託があったものとして、役職員に国賠法の適用が認められるという説がある<sup>39)</sup>。しかし、最高裁の立場からも、この帰結はとり得ないであろう<sup>40)</sup>。

第2に、資格検定要件充足型や単純業務遂行型の指定機関の不法行為は総合考慮説（「公権力の行使に当る公務員」に該当するかの判定について、受託業務そのものが強制的な契機を含むか、受託者が受託事務をもっぱら公の目的のために行うのか、受託業務の実施が国・公共団体の指揮監督下にあるか、受託業務の実施が国・公共団体から独立しているか、委託する制度の趣旨は何かなどを総合的に考慮する説）<sup>41)</sup>で判断するべきである。行政庁から指定機関が処分権限を具体的に委任されている場合、当該機関（又はその職員）は公権力の行使に当たる公務員と見てよからう（処分権限受任型）。しかし、法律で事実行為の事務を委任委託されている場合、それが公権力（国賠法）であるのか判断に悩むことが多く、その場合は、総合考慮で判断していくしか外なからう<sup>42)</sup>。

第3に、5で述べた単独処分発給型の指定機関の不法行為は、民法責任で解決するべきである。すでに試論<sup>43)</sup>で示したように、指定確認検査機関は公共団体に含まれず、指定確認検査機関は民法上の責任を自ら負うと解する。また、指定確認検査機関は具体的な委任を受けているとは解されない<sup>44)</sup>。指

定確認検査機関の処分権限は、法律で創設されたと解すべきである<sup>(45)</sup>。

この理は、他の単独処分発給型にも当てはまるのではなかろうか。これは行政庁による具体的な権限の委任を受けていないからである。もちろん、行政庁の指定を受けてはいるが、それにより生じる権限は法律ですでに予定されており、指定によってその法律の制度に組み込まれるだけである。このことは、認可された学校が法律の制度に組み込まれるのと同じである。当然、認可学校による学生懲戒権の行使は、公権力の行使とされておらず、民法上の責任が生じ得るだけである。

法律で権限委任されている場合として、指定機関ではないが、医師会がある。最判昭和 63 年 6 月 17 日優生保護法指定医指定取消処分取消等請求事件<sup>(46)</sup>は、医師会について「指定医師の指定の権限を付与されている」と述べる。しかし、行政庁が医師会に権限を委任する旨の規定は存在しないので（大臣により権限の具体的な委任がなされるのではない）、同権限は法律で付与されたものといえる<sup>(47)</sup>。

現行の母体保護法 14 条によると、医師会の指定する医師（指定医師）は、人工妊娠中絶を行うことができる。確かに、医療行為は公権力の行使ではないので、指定医師は公権力の行使を委託されている訳ではなかろう。しかし、医師会は、禁止されている人工妊娠中絶を行うことのできる医師を指定できる点に鑑み、医師会の指定は行政処分であると解されている<sup>(48)</sup>。但し、これが公権力の行使（国賠法）に該当するかどうかは争いがあるだろう。少なくとも、医師会のように、指定機関ではないが単独処分発給型の原型がすでに昭和期に存在したことが分かる。

## 10 指定管理者の賠償責任

指定管理者が管理する公の施設において、物的瑕疵そのものに由来する損害については、国賠法 2 条が適用される<sup>(49)</sup>。指定管理者の管理下にあっても、

施設は公の施設（営造物）たる性質を失っていないからである。

指定管理者の活動について、国家賠償法1条の適用があるとの立場がある<sup>50)</sup>。但し、全ての活動に適用を容れるならば行きすぎであろう。例えば、そもそも私経済活動は公権力の行使ではない。関連する事例として、市営図書館の警備業務を委託されていた警備会社の従業員について、公務員（国賠法1条）に当たるとした地裁判決があり<sup>51)</sup>、同判決は公権力の行使概念について最広義説ではなく広義説をとっている<sup>52)</sup>。同様に、広義説を採るものとして、市の精神薄弱者援護施設の管理を委託された社会福祉法人の職員が、「公権力の行使に当る公務員」とされた事例がある（広島地福山支判昭和54年6月22日福山市春日寮事件<sup>53)</sup>）。

結論としては、指定管理者（又はその職員）は国賠法1条の「公権力の行使に当る公務員」に該当すると解される。というのは、指定管理者が公の施設の管理を行っていたとしても、第三者にとって公の施設であることの性質は変わらないし、また、指定管理者への委任委託は内部の事項であるからだ。この点で、公の施設という場を与えられていない指定機関とは異なる。但し、公の施設で私経済作用が行われている場合には、民法の不法行為規定を適用すべきである。少なくとも、処分権限受任型の指定管理者は、「公権力の行使に当る公務員」であることが顕著である<sup>54)</sup>。

さて、学説には、指定管理者が公共団体（国賠法）であるかについて、積極説<sup>55)</sup>と消極説<sup>56)</sup>がある。私見は消極説であり、公共団体ではなく、公務員（国賠法）と見なされる場合があると考え。その場合、指定管理者の過失による第三者への損害発生で、賠償責任を負わされた自治体が、指定管理者側に求償するには、重過失要件（国賠法1条2項）が障害となる。私見では、重過失要件は、指定管理者が企業の場合、緩和できると解するので、求償困難の問題は緩和されることになる<sup>57)</sup>。

学説には、一次的に地方公共団体が国賠法1条で責任を負う一方、指定管理者は不法行為責任を負い、不真正連帯債務となるとする見解がある<sup>58)</sup>。し

かし、最高裁がこのような不真正連帯責任を認めるかは疑問である<sup>59)</sup>。

## 11 分類の意義

ここまで見てきたように、建築基準法の指定確認検査機関の確認処分だけに、公権力の行使（国賠法）ではない行政処分という新規の行政処分が妥当するのではなく、その他の単独処分発給型指定機関の処分にも妥当することになるのではなかろうか。また、指定機関の分類を通じて、とりわけ単独処分発給型の指定機関の処分に関する法理論を構成する上で、横断的な視野を開くことができるであろう。この点、指定確認検査機関を公共団体（国賠法）と見なそうとする学説（注（9））があるが（私見は反対）、同学説からすると、他の単独処分発給型の指定機関をも公共団体（国賠法）と見なすことになるのではなかろうか。制度設計の問題もまた重要となる。とりわけ、指定確認検査機関の過失行為に起因する損害については、今日、保険制度のため被害者が無資力リスクを負うことはないといわれている<sup>60)</sup>。しかし、他の業界では必ずしも保険制度が充実しているとは限らないので、保険制度は他の単独処分発給型指定機関にも作っていく必要性が議論の俎上に上るであろう。このような議論は、指定機関のグルーピングによって横断的な視野が開かれた場合に可能なことと思われる。

## 12 新規の行政処分に関する理論的基礎

新規の行政処分（参照、はじめに）は、公権力の行使（国賠法）に該当しない行政処分を想定している。この公権力の行使（国賠法）でない行政処分という矛盾を解消してくれる第1の可能性は、指定機関による処分が国賠法の公権力の行使に該当しないことにするととどめて、行政事件訴訟法3条の公権力の行使とは連動させない解釈方法にある。その根拠は、処分権限が行

政庁から指定機関に委任されているのではないから、「公権力の行使に当る公務員」に指定機関は該当しないとする点にある。似たような例は他にもあり、私立学校の教員がそれである。国公立学校の教員は学生児童に懲戒権を行使する場合、これは公権力の行使（国賠法）と捉えられるのに対して、私立学校の教員が同様の行為をしても、それは公権力の行使（国賠法）ではない<sup>61)</sup>。この考え方は、国賠法の中で、論理展開を終えようとするものであり、比較的受け入れられやすいのではなかろうか。しかし、懲戒作用（学校）や確認処分（建築基準法の指定確認検査機関）が公権力の行使（国賠法）であるなしの判断が、アナロジー的思考や個別的事例判断に終始し、判例の蓄積を待たざるを得まい。これでは、学説が実務にあまり貢献できないこととなってしまう。また、行政処分は公権力の行使（国賠法）であるという観念が一般的であるので、これを崩そうと思うと、アナロジー的思考・事例判断では不十分という批判もあり得る。理論的な基礎を提供してくれる法律上の手掛かりは他にないであろうか。

そこで、第2の可能性として考えられるのが、国賠法と行政事件訴訟法の同一文言「公権力の行使」を統合的に把握することで得られる成果によって<sup>62)</sup>、新規の行政処分を正当化しようとするやり方である。その際、この新規の行政処分を条文上論究する際に解釈対象となるのが、行政事件訴訟法3条2項である。つまり、行訴法の「処分その他公権力の行使」（3条2項）中の「処分」には、「その他」の用語法からして、「公権力の行使」ではない行政処分が含意されており、「処分」を「公権力の行使」たるものと、そうでないものとに分類するのである（当然、「公権力の行使」である「処分」も存在する）。これが可能であれば、「公権力の行使」（抗告訴訟）の概念を再認識し、「公権力の行使」（国賠法）と連動させることで、新規の行政処分に関する理論的基礎がより強固なものとなる。

具体的に、第2の可能性、つまり国賠法の公権力の行使と抗告訴訟のそれとが連動しているとした場合の仮説を展開してみたい。

最判ごみ焼却場事件において、行政処分が次のように定義されている。「行政庁の処分とは行政庁の法令に基づく行為のすべてを意味するものではなく、公権力の主体たる国又は公共団体が行う行為のうち、その行為によつて、直接国民の権利義務を形成し又はその範囲を確定することが法律上認められているものをいう」<sup>63)</sup>とする定義である。ここで注目すべきは、行政処分とは「公権力の主体たる」国・公共団体が行う行為であつて、それが公権力の行使とは記されていない点である。次に、最判ごみ焼却場事件の処分性の定式にいう公権力の主体は国や公共団体であるが、国・公共団体（すなわち、公権力の主体）の行政庁から処分権限を委任された私人（処分権限受任型の指定機関）は、委任によって公権力の主体に取り込まれたと見なして、当該権限の行使は一般に公権力の行使（抗告訴訟）であり<sup>64)</sup>、その過誤には公権力の主体（国・公共団体）が賠償責任を負うと解する。例えば、試験事務（高圧ガス保安法）の実施は、そもそも行政庁の公権力の行使（抗告訴訟）であろう。当該事務を行政庁から具体的に委任（高圧ガス保安法 31 条の 2）された指定試験機関による処分は、行政処分であるとともに公権力の行使（抗告訴訟）でもある。公権力の行使（抗告訴訟）であるから、国賠法上も公権力の行使と考える。

これに対して、単独処分発給型の指定機関は、処分権限を行政庁から委任されているのではないから、公権力の主体に取り込まれない。その行為は、特別の法律の規定（不服申立てができるとする規定）によって、行政処分性を付与される<sup>65)</sup>。また、単独処分発給型の指定機関は公権力の主体に取り込まれていないから、行政処分を行っても、指定機関自身が公共団体でない限り、その行為は公権力の行使（抗告訴訟）とは限らない。行訴法 3 条 2 項の「処分」であることが確かなだけである。この場合、公権力の行使（抗告訴訟）性を確定できない処分には、公権力の行使（国賠法）であるものと、そうでないものがある。単独処分発給型の指定機関は、行政庁から委任を受けていない点に鑑み、その処分は「国又は公共団体の公権力の行使」（国賠法）



に当たらない。

いまだ仮説の段階であるが、このような考え方が正しければ、公権力の行使（国賠法）ではない行政処分の理論的基礎はより強固なものとなるであろう。

## おわりに

最後にまとめをしておきたい。本稿では指定機関をその作用に着目して分類し、処分権限受任型、単独処分発給型、資格検定要件充足型及び単純業務遂行型の4つの類型を認識した。これをもとに次の結論を導いた。

まず、処分権限受任型の指定機関の処分にかかる不当行為には国賠法1条を適用し、単独処分発給型の不法行為には民法を適用すると解する。また、資格検定要件充足型と単純業務遂行型の不法行為には、総合考慮でもって指定機関（又はその職員）が「公権力の行使に当る公務員」（国賠法1条）に該当するかを判断すべきとした。その他、この指定機関の分類によって、横断的視点が開かれ、各類型に共通の制度設計が可能となろう。

指定管理者（地方自治法244条の2第3項）の責任に関して、公の施設の物的側面の瑕疵については、国賠法2条の問題となる。指定管理者（又はその職員）の過失責任については、指定管理者が処分権限受任型であれば、「公権力の行使に当る公務員」（国賠法1条1項）に該当すると解する。指定管理者が単純業務遂行型であれば、総合考慮説で公務員（国賠法）該当性を判断し、該当しなければ、民法の不法行為責任規定で事案を解決する。

続いて、公権力の行使（国賠法）でない行政処分（新規の行政処分）にどのような理論的基礎を与えるかについては2つの可能性を示した。第1の可能性として、国公立学校と私立学校における学生懲戒に公権力の行使（国賠法）の該当非該当性が分かれていることに注目し、アナロジー的思考や個別的事例判断を用いて、行政処分であっても私人がこれを行う場合、必ずしも



公権力の行使（国賠法）とはならないと導く。あるいは、第2の可能性として、公権力の主体たる国・公共団体の行政庁から処分権限を委任された私人（処分権限受任型の指定機関）は、公権力の主体に取り込まれたと見なして、当該権限の行使は一般に公権力の行使（抗告訴訟）であり、その過誤には公権力の主体（国・公共団体）が賠償責任を負うと解する。これに対して、単独処分発給型の指定機関は、処分権限を行政庁から委任されておらず、公権力の主体に取り込まれていない。その行為は、不服申立てができるとする規定によって、行政処分性を付与されているにすぎない。つまり、単独処分発給型の指定機関は、その行政処分を行っても、その行為は公権力の行使（抗告訴訟）とは限らない。この点、行政庁から何ら委任委託を受けていない単独処分発給型の指定機関による処分は、公権力の行使（国賠法）ではないとする。

この第2の可能性はいまだ仮説の段階である。この仮説の精緻化は次なる課題である。

## 注

- (1) 松塚晋輔「指定確認検査機関の賠償責任主体性」京女法学6号1頁以下。
- (2) 判時1904号69頁。
- (3) 但し、塩野宏『行政法Ⅲ第4版』（有斐閣、2012年）167頁は、指定確認検査機関の公共団体性について、この「最高裁判所の決定で決着をみたとしても、この決定が、国家賠償法の賠償責任者のことまで想定しているとすれば、なおさら疑問があるところである」とする。
- (4) 松塚・前掲「指定確認検査機関」16頁以下。
- (5) LEX/DB インターネット文献番号25511700。
- (6) 例えば、「具体的な建築確認制度に根拠を有しているため、その他の指定された民間機関が検査・検定等を行う制度一般にそのまま及ぼすことはできないと考えられよう」とする指摘がある。小幡純子「官（公）と民の役割分担——行政法における最近の変化」法律時報81巻2号69頁。
- (7) 参照、角松生史「行政事務事業の民営化」ジュリスト増刊『行政法の争点』（有斐閣、

2014年) 184頁。指定確認検査機関の確認処分について実施責任が国等にあるのか民間にあるのか判然としないとするものとして、原田大樹『公共制度設計の基礎理論』(弘文堂, 2014年) 116頁。

- (8) この表現を、手島孝「現代リコール論」ジュリスト 870号 42頁は、地方自治におけるリコールの乱用に対して用いている。
- (9) 西埜章『国家賠償法コンメンタール第2版』(勁草書房, 2014年) 91頁, 110頁, 米丸恒治「建築基準法改正と指定機関制度の変容」政策科学 7巻 3号 264頁, 安本典夫『都市法概説第2版』(法律文化社, 2013年) 142頁以下。参照, 板垣勝彦「耐震強度不足のマンションの建築確認をめぐる損害賠償請求事件」自治研究 89巻 6号 144頁。
- (10) 見出し「指定……機関」吉国一郎他編『法令用語辞典第9次改訂版』(学陽書房, 2009年)。
- (11) 露木康浩「委託制度と指定機関制度に関する一考察(上)」警察学論集 42巻 12号 38頁以下, 阿部泰隆『行政法解釈学Ⅰ』(有斐閣, 2008年) 470頁。
- (12) 米丸恒治「指定法人等の実体とその問題点 総務庁行政監察結果をふまえて」月刊用地 1998年 4月号 64頁以下。「指定機関を除く指定法人は, その行う業務が命令, 強制, 制限など権力的な行政権限と見られない非権力的な業務や指導, 啓発などの活動を行うものである」といってよいが, その内容は多様であり, また法令上の取扱についても必ずしも統一的な取扱がされているわけではない。」米丸・前掲「指定法人等」(65頁)。
- (13) 総務省行政監察局編『行政代行政型法人の透明化・適性化のために一指定法人等の指導監督に関する行政監察一』(大蔵省印刷局, 1997年) 2頁。一般社団法人・一般財団法人に限定しない定義として, 法令用語研究会編『法律用語辞典第4版』(有斐閣, 2012年), 佐藤幸治他編『コンサイス法律学用語辞典』(三省堂, 2003年)。
- (14) 金子宏・新堂幸司・平井宣雄編『法律学小辞典第4版補訂版』(有斐閣, 2008年)。同様に, 民法上の公益法人のなかでも, 特定の業務を行うものとして, 行政庁によって指定されたものが指定法人という定義もある。高木光「限りなく私人に近い行政」法学教室 226号 100頁。
- (15) 角松・前掲 184頁。
- (16) 確かに, 指定機関と登録法人(機関)の区別もされなくてはならないが(参照, 阿部・前掲 471頁以下), とりえず登録機関を指定機関に含めて検討する。
- (17) 米丸・前掲「指定法人等」65頁, 塩野宏「指定法人に関する一考察」樋口陽一・高橋和之編芦辺信喜先生古稀祝賀『現代立憲主義の展開下』(有斐閣, 1993年) 494頁。もっとも, 阿部・前掲 470頁は, 行政事務代行型指定法人, 行政事務補助型指定法人, 民間活動助成型指定法人の3つに分類する。その他の3分類として, 総務省行政監察局

編・前掲2頁。参照、前掲・佐藤他編『コンサイス法律学用語辞典』。

- (18) 塩野・前掲「指定法人」494頁，501頁。
- (19) 露木康浩「委託制度と指定機関制度に関する一考察（下）」警察学論集43巻1号106頁。  
参照、田中二郎『新版行政法中巻全訂第2版』（弘文堂，1976年）36頁。
- (20) 塩野・前掲「指定法人」505頁。
- (21) 塩野・前掲「指定法人」508頁以下。
- (22) 阿部・前掲471頁。但し、同書も国賠法上の責任が指定機関と国のいずれにあるかについて争いがあることを認めている
- (23) 吉国編・前掲『法令用語辞典』。
- (24) 高木・前掲100頁。
- (25) 不服申立てが認められているときは、当然、処分性があると解されている。室井力・芝池義一・浜川清編『コンメンタール行政法Ⅰ第2版行政手続法・行政不服審査法』（日本評論社，2008年）338頁（渡名喜庸安執筆部分），塩野・前掲「指定法人」491頁。
- (26) 米丸恒治「『建築基準法』の適用」法学教室408号18頁。
- (27) 火薬類取締法54条の2は、指定法人を原処分庁にしていると解説するものとして、塩野・前掲『行政法Ⅲ』124頁。
- (28) 塩野・前掲「指定法人」492頁以下。
- (29) 塩野・前掲「指定法人」504頁。
- (30) 米丸恒治『私人による行政』（日本評論社，1999年）354頁以下。
- (31) 松塚晋輔「公共団体とは何か——国家賠償法との関係で——」久留米大学法学48号83頁。
- (32) 米丸・前掲『私人による行政』344頁，354頁。
- (33) 米丸・前掲「『建築基準法』」18頁も、指定資格検定機関（建築基準法）について大臣による権限委任があるとして、国の責任を肯定する。
- (34) 西埜・前掲107頁以下。
- (35) 西埜・前掲108頁。
- (36) 塩野・前掲『行政法Ⅲ』124頁。
- (37) 東京地判昭和55年6月18日下民集31巻5～8号428頁，東京高判平成19年11月29日判タ1279号159頁。参照、淡路剛久「弁護士懲戒委員会と国家賠償法一条一項の『公務員』および委員長の個人責任」私法判例リマークス38号58頁以下。
- (38) 松塚晋輔『民営化の責任論』（成文堂，2003年）164頁。
- (39) 古崎慶長『国家賠償法』（有斐閣，1971年）108頁，今村成和『国家補償法』（有斐閣，1957年）103頁。

- (40) 最判平成4年2月18日民集46巻2号77頁。この判決は、支払者によって誤って所得税を源泉徴収された受給者は、当該年分の所得税額から誤徴収額を控除して確定申告をすることはできないとした事例である。
- (41) 松塚・前掲『民営化』152頁以下、増森珠美「時の判例」ジュリスト1365号125頁。
- (42) ドイツでは同種の考え方がレッカー移動判決などに見られる。BGH, Urt. v. 21. Januar 1993, JZ 1993, S.1001ff. 参照、交告尚史「国賠法一条の公務員」神奈川法学30巻2号283頁以下、松塚・前掲『民営化』76頁。
- (43) 松塚・前掲「指定確認検査機関」16頁以下。
- (44) 米丸・前掲『『建築基準法』』18頁。米丸・前掲「建築基準法改正」264頁以下。
- (45) 参照、米丸恒治「指定確認検査機関がした建築確認の損害賠償責任主体」民商法雑誌133巻4=5号864頁。
- (46) 判時1289号39頁。
- (47) 仙台地判昭和57年3月30日優生保護法指定医指定取消処分取消等請求事件（菊田医師事件）行集33巻3号692頁は、「行政事件訴訟法3条2項にいう『行政庁』とは、国又は公共団体から公権力の行使の権限を与えられている機関をいい、そのような権限を法律によつて付与されている限り、国又は公共団体の機関に限らず、私法人であつても『行政庁』たりうると解すべきである」とし、また、「医師会が、公権力の行使たる指定を行なう権限を法によつて授権されている」のであるから、「医師会は、指定に関する限りにおいて、行政庁とみるべきものである」という。
- (48) 仙台高判昭和60年3月29日行集36巻3号457頁菊田医師事件によると、「指定は、医師であつても一般には禁じられている人工妊娠中絶手術を一定の要件のもとに行うことができる資格ないし地位を被指定者に付与するものであつて、この意味において授益的行政処分たる性質を帶有していることは否定し難いところである。」
- (49) 塩野・前掲『行政法Ⅲ』227頁。参照、「指定管理者が管理する施設内で事故により利用者に損害を与えた場合の賠償責任はだれが負うのか」自治実務セミナー2010年2月号14頁、碓井光明「政府業務の民間開放と法制度の変革」江頭憲治郎・碓井光明編『法の再構築[Ⅰ] 国家と社会』（東京大学出版、2007年）34頁。設置に関する瑕疵について、国賠法2条を適用するものとして、吉川寿一「地方公共団体における指定管理者制度の展開」大阪城南女子短期大学研究紀要40号105頁。
- (50) 「指定管理者又はその使用人が故意、過失により利用者など第三者に損害を与えた場合、国家賠償法第1条の規定により地方公共団体が賠償責任を負うことになる。」原田晃樹・松村享「協働のツールとしての指定管理者制度— その可能性と制度上の課題—」四日市大学総合政策学部論集5巻1/2号75頁。

- (51) 横浜地判平成 11 年 6 月 23 日判例自治 201 号 54 頁。
- (52) 「ここにいう『公権力の行使』とは、国又は公共団体の作用のうち、純粋な私経済作用と同法二条によって救済される営造物の設置又は管理作用を除くすべての作用を意味するものと解するのが相当である。」横浜地判平成 11 年 6 月 23 日判例自治 201 号 54 頁。
- (53) 判時 947 号 101 頁。参照、交告・前掲 268 頁。
- (54) 「指定管理者が、不許可処分による違法な行為によって私人に損害を負わせた場合には、国家賠償法 1 条の『公共団体』に当たる」とする見解がある。大浜啓吉『行政裁判法行政法講義Ⅱ』（岩波書店、2011 年）390 頁。「公共団体」に当たるかどうかはおくとして、この説は処分権限受任型の指定管理者のことを想定しているものと思われるが、この説からしても、処分権限受任型の指定管理者には国賠法 1 条の適用を認めていくことになろう。
- (55) 大浜・前掲 390 頁、西埜・前掲 91 頁、三野靖『指定管理者制度——自治体施設を条例で変える』（公人舎、2005 年）24 頁。
- (56) 成田頼明『指定管理者制度のすべて 制度詳解と実務の手引き改訂版』（第一法規、2009 年）136 頁、松村亨「国家賠償法上の公務員概念と指定管理者の責任」自治研究 88 巻 12 号 112 頁。
- (57) 参照、松塚晋輔「民営化と救済法——不法行為における公務員・公共施設論と、受託者との責任配分について——」比較憲法学研究 20 号 106 頁、122 頁。
- (58) 松村・前掲 119 頁。
- (59) 参照、最判平成 19 年 1 月 25 日民集 61 巻 1 号 1 頁児童養護施設事件。
- (60) 板垣・前掲 149 頁。
- (61) 西埜・前掲 98 頁。
- (62) 行訴法と国賠法で公権力の行使概念が異なるのは好ましくないとする見解として、仲江利政「公権力の行使と仮の救済」鈴木忠一・三ヶ月章監『新・実務民事訴訟講座 10（行政訴訟 2）』（日本評論社、1982 年）33 頁。
- (63) 最判昭和 39 年 10 月 29 日民集 18 巻 8 号 1809 頁。
- (64) 参照、米丸・前掲『私人による行政』350 頁以下。
- (65) 類似の考え方に、形式的行政処分がある。つまり、「形式的行政処分は、厳密に…実体的行政処分の要素を備えてはならず、とりわけ公権力行使の実体を欠いている行政の行為でありながら、広く利害関係者がその法益救済のために行政機関の行為を直接に捉えて対世的な是正判決を求めうという利点をもつ取消訴訟の活用を認める際に、もっぱら救済の必要上から取消訴訟にかかる『行政処分』『公権力の行使』とい

う法制度的形式に該当することが肯認されたものである。」杉村敏正・兼子仁『行政手続・行政争訟法』（筑摩書房，1973年）273頁（兼子執筆部分）。